

A. I. N° - 269275.0040/16-6
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES MORAIS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/12/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0154-03/18

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. Ajustes realizados frente a documentos trazidos na defesa, reduzem o montante lançado. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. O sujeito passivo não consegue elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração subsistente. b) DESTINADAS AO CONSUMO. Infração 04 não impugnada. Preliminar de decadência acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 29/03/2016, traz a exigência do crédito tributário no valor histórico de R\$218.874,60, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01 - **07.01.01.** Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2011 a outubro de 2012 e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$174.764,04, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 07 a 49;

Infração 02 - **07.15.05.** Multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro e abril de 2011, março, setembro e outubro de 2012. Exigido o valor de R\$881,81. Demonstrativo às fls. 50 a 62;

Infração 03 - **06.01.01.** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, julho a dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, junho a agosto, outubro e novembro de 2012. Exigido o débito R\$42.678,39, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 63 e 64;

Infração 04 - **06.02.01.** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho, agosto e setembro de 2011. Exigido o débito R\$550,36, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 65.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 69 a 75, depois reproduzir o teor das infrações alinha os seguintes argumentos.

Inicialmente, observa que as infrações com data de ocorrências em 31/01/11, 28/02/11 e 30/03/11 foram fulminadas pela decadência tendo em vista que somente fora cientificada do lançamento por AR em 15/04/16.

Em relação à Infração 01, apresenta as seguintes ponderações.

Farinha de trigo - declara que adquiriu nos Estados de Alagoas e Pernambuco, tendo como remetentes Moinhos cadastrado na Bahia com inscrição de Contribuinte Substituto de acordo com o Protocolo ICMS 46/00 que determina que caberá ao contribuinte remetente a retensão e o pagamento do imposto consoante veiculado no RICMS-BA/97, por isso, afirma que o lançamento está defeituoso e eivado de nulidade.

Açúcar - revela que adquiriu da Cooperativa Regional dos Produtores de Açúcar no Estado de Alagoas informa que as notas fiscais foram calculadas a substituição e recolhidas no prazo legal os quais diz comprovar os pagamentos das antecipações tributárias no código 1145, recolhido no prazo legal, conforme lista de pagamento disponível no sítio eletrônico da SEFAZ-BA.

Peças a acessórios para veículos - informa que adquiriu peças para consertos e manutenção de seus veículos. Frisa que não negocia com revenda de peças e acessórios para veículos, o que se percebe pelas quantidades de cada item adquiridas, não havendo que se falar em substituição tributária. Diz que, mais uma vez, o Autuante errou no lançamento da Infração, não se preocupou em verificar o ramo de atividade de seu estabelecimento. Arremata frisando não ser devida a cobrança.

Ativo fixo - destaca que comprou uma carroceria no mês de fevereiro de 2011, junto ao fornecedor CARROCERIAS KAROL, CNPJ Nº 09.566.230/0001-97, Inscrição Estadual nº 271234539 no estado de Sergipe, que emitiu as NF-e nº 344 e 348, com os CFOP - 6.116 - Venda p/ Entrega Futura , (essa operação consiste no fato de haver um faturamento antecipado do valor da mercadoria e posterior entrega da mesma na data estabelecida na transação comercial acordada entre vendedor e comprador), e CFOP - 6.949 - Simples Faturamento de Venda para Entrega Futura, respectivamente.

Prossegue frisando que em março de 2011, comprou outra carroceria ao fornecedor CARROCERIAS SAO CARLOS, CNPJ Nº 15.596.778/0001-82, Inscrição Estadual nº 270607897 no estado de Sergipe, que emitiu a NF-e nº 679, com o CFOP 6.116 - Venda p/ Entrega Futura, não cabe o imposto de substituição tributária em mercadoria para a destinação do ativo fixo.

Assinala que os produtos Material de Limpeza e Carne tiveram os recolhimentos de suas operações, conforme legislação vigentes, em cada mês de acordo com o extrato de pagamento acostado às fls. 78 a 81.

Quanto à Infração 02, observa que na elaboração da planilha antecipação parcial elaborada pelo Autuante incluiu mercadorias que já haviam sido pagas como antecipação total (substituição tributária) referentes a produtos resultantes do abate de animais desde que salgados, temperados e/ou congelados (linguiça, mortadela toscana), em como mercadorias isentas na operação interna com peixe. Conclui pugnando pela insubstância.

No que diz respeito à Infração 03, afirma que o Autuante não analisou ao elaborar as planilhas de apuração não observou e nem analisou o fornecedor das mercadorias, o item o CFOP e os dados adicionais constantes das notas fiscais.

Frisa que as Notas Fiscais eletrônicas de nº 17.079 e 17.980, emitidas em 05/09/2011, com CFOP - 6.949(simples remessa).

Assinala que na planilha do ano de 2012 o Autuante considera como ativo imobilizado as peças para manutenção de ar-condicionado, cometendo os mesmos erros, cobrando imposto de mercadorias destinadas a uso e consumo.

Solicita que sejam examinados e verificados os extratos dos recolhimentos efetuados, fls. 78 a 81, as informações adicionais das NF-e de simples remessa, fls. 82 e 83, e o cadastro dos fornecedores, fls. 76 e 77.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração. Requer a prescrição do período de ocorrência de janeiro a março de 2011.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 91 e 92, depois de refutar a alegação de ter ocorrido a decadência em relação às infrações com data de ocorrências em 31/01/11, 28/02/11 e 30/03/11.

No tocante à Infração 01, revela que se observando atentamente a planilha da Substituição Tributária (Antecipação Total), fls. 007 a 049v, e fazendo-se a verificação de cada Nota Fiscal Eletrônica com sua respectiva chave de acesso, verifica-se que cada uma das mercadorias exigidas nesta infração (Farinha de Trigo, Material de Limpeza, açúcar, carne, etc.) não teve o ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL recolhido e, portanto, estão pendentes de pagamento. Assevera que todas as mercadorias em que constava o pagamento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL foram retiradas da exigência fiscal.

No que diz respeito à Infração 02, assinala que diante de uma infinidade de mercadorias elencadas na planilha da Substituição Tributária (Antecipação Parcial) que consta às fls. 050 e 062v o contribuinte somente alega que a exigência fiscal é indevida relativamente a linguiça, mortadela, toscana e operações internas com peixe. Com relação a todas as demais mercadorias o contribuinte silencia, ou seja, implicitamente concorda com a exigência fiscal.

Frisa que em relação às mercadorias alegadas como sendo de cobrança indevida do ICMS Substituição Tributária Parcial, Linguiça, toscana, mortadela não fazem parte da Antecipação Total há mais de 10 anos, sendo tributadas normalmente, e portanto, submetidas à Antecipação Parcial; com relação à mercadoria Peixe, todas as Notas Fiscais em exigência do imposto referem-se a operações interestaduais, e portanto submetidas à Antecipação Parcial.

Em relação à Infração 03 revela que, de uma série de mercadorias elencadas na planilha da Diferença de Alíquotas do Ativo Imobilizado que consta entre as folhas 063 a 064v o contribuinte somente alega que a exigência fiscal é indevida relativamente às Notas Fiscais 17.979 e 17.980 (alegação de que tais notas seriam de simples remessa) e peças para manutenção de ar condicionado. Quanto às demais mercadorias (Tanque retangular, semirreboque, DVD, Vitrine, etc.) silencia, ou seja, implicitamente concorda com a exigência fiscal.

Observa que, com relação às Notas Fiscais de nº 17.979 e 17.980, fazendo-se a verificação de cada Nota Fiscal Eletrônica com sua respectiva chave de acesso, constata-se que o tipo de operação nelas constante é: "Outras saídas não especificadas". E que, portanto, referem-se a mercadorias tributadas normalmente, sendo devido o ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS em razão do ramo de atividade desenvolvido pelo contribuinte.

No tocante às peças para manutenção de ar condicionado, registra que a melhor doutrina do Direito Civil classifica o ar condicionado (quando unido ao bem imóvel, como é o caso mais comum) como bem imóvel por acessão física e, portanto, sujeito ao ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS.

Informa que o Autuado não se manifesta no que se refere à Infração 04.

Conclui ratificando a autuação e requer a procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF, decide converter os autos em diligência, fl. 94, para que o Autuado seja intimado a apresentar, em relação à Infração 01, a efetiva comprovação dos recolhimentos, explicitando por nota fiscal, de todas as operações apontadas na Defesa. Quanto à Infração 03, apresentar cópias das notas fiscais de nº 17979, 17353, 17980 e 17354 e dos respectivos recolhimentos.

O Autuado intimado para atender a solicitação de diligência apresenta planilhas discriminando suas ponderações alinhadas na defesa, fls. 100 a 110, e colaciona às fls. 112 a 115, cópias dos

Danfes de nºs 17353, 17979, 17354 e 17980, e cópia de extrato de pagamentos - históricos de DAEs e GNRES, fls. 116 a 119.

O Autuante apresenta resultado de diligência à fl. 126, informando que mantém a autuação observando que os fatos alegados pelo Impugnante e os documentos acostados em decorrência da diligência solicitada pela 3ª JJF, não se configuram novos elementos, uma vez que, como já dito no Auto de Infração, a arrecadação recolhida pelo estabelecimento autuado nos exercícios fiscalizados já foi levada em consideração para a determinação o valor exigido, pois está se cobrando a diferença entre o ICMS devido em cada mês e o valor recolhido pelo contribuinte. Declara também que, em relação à Infração 03, não existem peças de manutenção de ar condicionado incluídas na planilha.

Conclui pugnando pela procedência do auto de Infração.

VOTO

De inicio, consigno que o presente Auto de Infração está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação de regência, inclusive, os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O Impugnante suscitou a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos entre 31/01/2011 e 31/03/11, tendo em vista que a data da ciência da autuação ocorreu em 15/04/2016, pois considera que o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é sujeito ao lançamento por homologação.

A PGE Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal manifestou entendimento no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, de que “*Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas*”.

Em face ao acima exposto, com base no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, acato a arguição de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a março de 2011 nas Infrações 01, 02 e 03, nos valores de, respectivamente, R\$17.115,79, R\$108,61 e R\$2.744,00, em relação aos quais improcedem a autuação.

No mérito o presente lançamento de ofício é constituído de quatro infrações, consoante descrição pormenorizada enunciada no preâmbulo do relatório.

O Impugnante não se defendeu em relação à Infração 04. Assim, ante a inexistência de lide fica mantida essa infração.

Infração 01 - cuida da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Em sede defesa, o Impugnante contestou a inclusão no levantamento fiscal de operações de aquisição de Farinha de trigo e Açúcar, Material de Limpeza e Carne, sob o fundamento de que o recolhimento era de responsabilidade do remetente por força de Convênio, e de que já havia sido efetuado o recolhimento, depois de compulsar os elementos dos autos verifica que não deve prosperar a alegação do Impugnante, uma vez que todos os pagamentos realizados foram considerados no levantamento fiscal. Tanto é assim que se verifica que no mês de janeiro de 2011, foi considerado o recolhimento de valor no R\$2.839,61, fl. 08-verso, portanto, incluído o valor de R\$2.099,44, apontado como exemplo pelo Impugnante, fl. 73, relativo à Nota Fiscal nº 516164. O mesmo ocorrendo com as demais operações arroladas no levantamento.

Quanto à alegação atinente à inclusão das aquisições de Peças e acessórios para veículos arroladas no levantamento fiscal, depois de examinar a discriminação das mercadorias constante das planilhas elaboradas pela fiscalização, constatamos que assiste razão ao Autuado e procedemos à exclusão das notas fiscais relativas a aquisições de mercadorias não destinadas comercialização (peças e acessórios para veículos e bens destinados ao ativo). No exercício de 2011 excluídas as Notas Fiscais de nºs 17129 e 525, de abril - R\$149,53, Nota Fiscais de nºs 3633 e 253, de julho no total de R\$164,31, as Notas Fiscais de nºs 814 e 819 de setembro - R\$618,72, a Nota Fiscal nº 22422 de outubro - R\$82,58, as Notas Fiscais de nºs 410 e 2047 de novembro - R\$1782,86 e a Nota Fiscal nº 194, de dezembro - R\$89,95. E no exercício de 2012, a Nota Fiscal nº 2852, de abril - R\$106,42, a Nota Fiscal nº 270, de junho - R\$95,88, a Nota Fiscal nº 781, de agosto - R\$37,66, a Nota Fiscal nº 26100, de setembro - R\$459,52 e a Nota Fiscal nº 730, de outubro - R\$59,27.

No que concerne à alegação atinente às Notas fiscais de nºs 344, 346, 348 e 678 de aquisições de Carrocerias, cujas operações ocorreram no período de fevereiro e março, em que pese assistir razão ao Autuado, por se tratar de notas Fiscais de Simples Remessa e de aquisição de bens para o ativo fixo do estabelecimento autuado, e por isso não deviam constar da apuração desse item da autuação, observo que esse questionamento deixou de ter repercussão na apuração do débito, haja vista que todas as operações incluídas no levantamento fiscal nos meses de janeiro a março de 2011 foram alcançadas pela decadência, como já enfrentado anteriormente. Portanto, superado esse equívoco da autuação.

Em relação à alegação da defesa, por ocasião do atendimento da diligência solicitada por essa 3ª JJF de que foram consideradas no levantamento fiscal notas fiscais de devolução, depois de examinar as notas fiscais indicadas pelo Impugnante constato que as Notas Fiscais de nºs 5670, de 23/09/2011, com débito lançado no valor de R\$76,81, a Nota fiscal de nº 4653, de 14/02/12, com débito no valor de R\$153,43 e a Nota Fiscal de nº 63999, de 30/04/2012, com débito no valor de R\$212,42, que foram emitidas pelo remetente em substituição, respectivamente, às Notas Fiscais de nºs de 4875, de 10/05/2011, 3650, de 28/11/2011 e 24486, de 24/03/2012, portanto, foram excluídos do levantamento fiscal nos meses de maio e novembro de 2011, os valores de R\$76,81 e R\$153,43 e o valor de R\$212,42, no mês março de 2012.

Com os ajustes realizados o débito desse item da autuação reduziu para R\$153.744,89, conforme discriminado abaixo

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 01			
Data de Ocorr.	A. I.	EXCLUSÕES	JULGAMENTO
31/01/11	5.787,26	Decadencia	0,00
28/02/11	8.685,76	Decadencia	0,00
31/03/11	2.642,77	Decadencia	0,00
30/04/11	14.510,13	149,53	14.360,60
31/05/11	15.606,67	76,81	15.529,86
30/06/11	12.413,44	0,00	12.413,44
31/07/11	14.435,52	164,31	14.271,21
31/08/11	15.208,98	0,00	15.208,98
30/09/11	9.024,60	618,72	8.405,88
31/10/11	5.016,80	82,58	4.934,22
30/11/11	8.330,10	1.782,86	6.547,24
31/12/11	4.615,90	89,95	4.525,95
31/01/12	1.030,79	0,00	1.030,79
29/02/12	439,43	153,43	286,00
31/03/12	9.308,29	212,42	9.095,87
30/04/12	2.929,40	106,42	2.822,98
31/05/12	5.627,38	0,00	5.627,38
30/06/12	1.103,49	95,88	1.007,61
31/07/12	1.491,98	0,00	1.491,98
31/08/12	25.488,20	37,66	25.450,54
30/09/12	273,52	459,26	0,00
31/10/12	3.668,08	59,27	3.608,81
31/12/12	7.125,55	0,00	7.125,55
TOTAIS	174.764,04	4.089,10	153.744,89

Assim, concluo pela subsistência parcial da Infração 01.

Infração 02 - trata da exigência de multa percentual de 60% sobre a parcela e do imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Ao examinar os elementos que constituem o contraditório em torno desse item da autuação, constato que assiste razão ao Autuante ao rebater as alegações da defesa, uma vez que, ao contrário do que sustentou o Impugnante, as mercadorias, linguiça, mortadela toscana, não estão sujeitas à Antecipação Tributária no período fiscalizado. Do mesmo modo não deve subsistir a alegação da defesa atinente às operações internas com peixe, haja vista que no levantamento fiscal e foram arroladas operações interestaduais que se submetem à antecipação parcial.

Assim, a Infração 02, depois da exclusão de R\$108,61, valor atinente ao período de janeiro de 2011, alcançado pela decadência, remanesce parcialmente subsistente no valor de R\$773,20.

Infração 03 - imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em relação à alegação da defesa de que as Notas Fiscais de nº 17.979 e de nº 17.980 são de operação de simples remessa, depois de examinar o conteúdo integral dessas notas fiscais no Portal das Notas Fiscais Eletrônicas, verifiquei que o valor de R\$5.488,00, referente à Nota Fiscal nº 17.979, de 05/09/2011, fl.113, incluído no levantamento fiscal, corresponde a operação de Outras Saídas não Especificadas - CFOP - 6.949, vinculada a Nota Fiscal nº 17.353, de 19/08/2011, de Vendas, CFOP - 6.101, fl. 112 e, do mesmo modo o valor de R\$4.508,00 referente à Nota Fiscal nº 17.980, de 05/09/2011, fl. 115, corresponde a operação de Outras Saídas não Especificadas - CFOP - 6.949, da Nota Fiscal nº 17.354, de 19/08/2011, de Vendas, CFOP - 6.101, fl. 114. Portanto, por se referem, efetivamente, a operação de simples remessa, totalizando o montante de R\$9.996,00, deve ser excluído da apuração do mês de setembro de 2011, resultando na inexistência de débito nesse mês.

No tocante a alegação da defesa de que foram incluídas no levantamento fiscal peças para manutenção de ar condicionado, entendo que não procede o argumento do Impugnante, pois, não se tratam de simples peças de manutenção, e sim, de substituição de evaporador e de compressor - peças que, por analogia funcional, correspondem a retifica ou a troca de um motor num veículo automotor, eis que, se incorporam a equipamento integrante do ativo do estabelecimento autuado aumentando a sua vida útil. Portanto, passa a pertencer ao seu Ativo Imobilizado. Portanto, devem ser mantidas na autuação.

Assim, o débito apurado na Infração 03, além da parcela de R\$2.774,00, relativa ao mês de janeiro de 2011, tragada pela decadência, deve também ser reduzido do montante excluído de R\$9.996,00, resultando na exigência remanescente de R\$29.938,39.

Logo, concluo pela subsistência parcial da Infração 03.

Nestes termos, remanesce o débito de R\$185.006,84, na forma discriminada no demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE DÉBITO				
Infrações	A. I.	JULGAMENTO	MULTA	
01	174.764,04	153.744,89	60%	Proced. em Parte
02	881,81	773,20	60%	Procedente
03	42.678,39	29.938,39	60%	Proced. em Parte
04	550,36	550,36	60%	Procedente
T O T A I S	218.874,60	185.006,84		

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269275.0040/16-6, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES MORAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$185.006,84**, acrescido da multa de 60%, prevista, respectivamente, nas alíneas “d” e “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR